

DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: A (IN) CONSISTÊNCIA DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

Monique Vilela Timm¹, João Santos Neves²

1. Graduação em Direito, Faculdade Brasileira – MULTIVIX VITÓRIA.
2. Especialista em Ciências Criminais, docente– MULTIVIX VITÓRIA.

RESUMO

O presente estudo tem como ideia principal tratar sobre a forma com que as drogas são vistas nos dias atuais, uma vez que o seu uso é datado há mais de mil anos e esteve presente durante a história da humanidade. Porém, durante a Revolução Industrial foi iniciado um movimento proibicionista, visando proibir o consumo, produção e a venda, criando então, uma “guerra às drogas” que perpetua ao longo dos anos. O presente estudo fará uma retrospectiva acerca da história das drogas e o momento em que foi proibida, problematizando a política de “tolerância zero” e apontando a função da mídia em relação à vinculação de notícias referentes ao comércio ilícito dessas substâncias, posicionamento que contribui diretamente na criminalização e marginalização do pobre. Nesse sentido, busca-se com esse trabalho destrinchar o mito que foi idealizado ao longo dos anos, trazendo ainda algumas observações sobre a Lei 11.343/06, que é composta por tipos penais em branco, além de possuir dispositivos ambíguos. Portanto, a seguir será analisado a (In) consistência da Política de Guerra às Drogas.

Palavras-chave: Drogas. Descriminalização. Lei..

INTRODUÇÃO

O uso de substâncias psicoativas está presente ao longo de centenas de anos, conforme afirma MacRae. Porém, atualmente, grande parte dessas substâncias é considerada ilícitas, como, por exemplo, as comumente conhecidas maconha, cocaína e anfetamina. Sendo que, nem sempre as substâncias, hoje ilícitas, foram proibidas, tendo o início de sua proibição se iniciado no século XX, em decorrência da ascensão do capitalismo e da moral puritana, que acabou por criar uma guerra contra o consumo, produção e comercialização.

No presente artigo, por meio de revisão bibliográfica será exposto, em um primeiro momento, como aconteceu o movimento proibicionista, ligado às disputas econômicas capitalistas e ao controle de classes minoritárias do início do século XX. Posteriormente, trará uma visão das drogas como um “mal ontológico”, abordando notícia vinculada pela mídia que expõe a droga como esse “mal”, atuando na criação de inimigos imaginários, e abordando, ainda, uma visão de base criminológica crítica que expõe e contraria a política de “tolerância zero”.

Adota-se aqui o método dialético, segundo o qual, como afirma Marconi (2004, p.46) “as coisas não são analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento [...]”, ou seja, o fim de um processo é o início de outro e, ainda, a concepção pós-moderna da ciência, que, como Santos (2001, p.77) traz: “sendo total, não é determinístico [...]”, ou seja, é um conhecimento acerca das condições de possibilidades.

Para analisar a Lei 11.343/2006 em seu contexto atual, o presente artigo utilizará como base o autor Salo de Carvalho, para investigar a questão da (in)constitucionalidade da referida lei antitóxicos brasileira.

Por fim, pretende-se responder se é consistente a política de “guerra às drogas” utilizada nos dias atuais, que aponta que a repressão é o único meio capaz de lidar não apenas com o comércio, mas também com a produção e o consumo dessas substâncias.

HISTÓRIA DO USO E CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Os registros sobre o uso de drogas são datados desde a pré-história. Como aponta o autor:

Desde a pré-história os membros das diferentes culturas humanas têm sabido utilizar plantas e algumas substâncias de origem animal para provocar alterações de consciência com os mais variados fins. Assim tábuas sumérias do terceiro milênio A.C., cilindros babilônicos, imagens da cultura cretense-micênica e hieróglifos egípcios já mencionam os usos medicinais do ópio e o próprio Homero o menciona na Odisséia como algo que "faz esquecer qualquer sofrimento". (MACRAE, 2001, p.3)

MacRae (2001, p. 3-4) afirma, ainda, que o uso de substâncias psicoativas começou em diferentes áreas do mundo e que cada cultura fazia uso de uma substância diferente. Por exemplo, o uso da papoula que se originou na Europa e Ásia Menor, o cânhamo na China, local onde foi encontrado restos de sua fibra de 4000 a.C. O uso dos alucinógenos é datado desde a Idade Média, na Europa e eram usados pelos celtas.

O tabaco era usado desde os tempos pré-colombianos na América, também se encontra registros sobre o uso de plantas visionárias. Já na África, fazia-se uso da iboga, dotado como princípio ativo do LSD.

Porém, as substâncias psicoativas passaram a ser utilizadas com mais frequência entre os séculos XVIII e XIX e, com a invenção da agulha hipodérmica, os médicos receitavam o ópio como analgésico e usavam a heroína como relaxante muscular.

A criminalização das drogas sempre esteve envolvida com disputas econômicas, subsequente àquelas decorrentes da ascensão do capitalismo, tendo sua proibição iniciada juntamente com a Revolução Industrial (D'ELIA FILHO, 2007, p.79).

D'Elia (2007, p.78) afirma que, no ano de 1909, a Liga das Nações convocou uma reunião na qual seria formada a Comissão de Xangai, que trataria a questão do ópio, porém, a forma de consumo proibida foi a de fumar ópio, considerada a menos agressiva, enquanto seus derivados, como, por exemplo, a morfina e a heroína, continuavam fora das restrições. O autor supracitado (2007) afirma que essa proibição se deu pelo fato de que, com o início da Revolução Industrial, era necessária uma mão de obra que trabalhasse doze (12) horas por dia e os efeitos das drogas, como ópio, eram indesejáveis. Sendo os chineses os únicos que fumavam ópio na época, tinha-se a intenção de deslocar a mão de obra deles, visto que, a competição deles se tornou ameaçadora. Portanto, torna-se evidenciado que o que predominou foi o interesse econômico.

Ainda segundo D'Elia Filho (2007, p.79)

Prejudicados com a proibição do comércio de ópio, os ingleses condicionaram a sua participação na Convenção de Haia à inclusão de outras substâncias no ternário do evento, tais como os derivados do ópio e a própria cocaína, fazendo com que o ônus econômico da proibição recaísse também sobre outros países, a exemplo da Alemanha, Holanda e França, que comercializavam a cocaína através da emergente indústria farmacêutica. Apesar de algumas resistências, o acréscimo das demais substâncias foi aprovado, dando início ao controle internacional das drogas, e

marcando, até hoje, a nomenclatura "narcótico" e "entorpecente" para designar diferentes substâncias psicoativas, haja vista que a cocaína é um estimulante; a maconha um alucinógeno, sendo somente o ópio e suas derivadas substâncias entorpecentes, mas que por encabeçarem a proibição passaram a identificar as demais substâncias por essa designação equivocada e, como já visto no capítulo anterior, funcional em sua imprecisão.

O proibicionismo se inicia por interesses econômicos e políticos, e foi marcado pela competição entre países que possuíam prevalência na economia mundial. Porém, foi nos Estados Unidos que a proibição se tornou prioridade política, sendo marcado pelo "conservadorismo da moralidade e dos bons costumes" (D'ELIA FILHO, 2007, p. 81). D'Elia Filho (2007, p.81) aponta que o proibicionismo foi uma forma de mascarar o controle social que os Estados Unidos exerciam sobre as minorias, que diziam que o uso era um elemento cultural.

No ano de 1919 foi aprovada a Lei Seca nos Estados Unidos, que proibia a produção, importação, exportação e venda de bebidas alcoólicas, e criou "a primeira grande rede de traficantes e organizações, que se dedicaram a suprir o mercado ilícito criado em consequência da Lei Seca" (D'ELIA FILHO, 2007, p. 84). A proibição levou a população ao uso de bebidas muito mais nocivas a saúde, devido à alteração em sua composição. A Lei Seca foi revogada em 1933 e, assim, o lucro que passou a ser recebido pela venda do álcool foi o principal responsável pela superação da crise de 1929, porém, mesmo com a liberação do álcool, as outras drogas continuavam proibidas e, em 1937, foi a vez de proibir o cultivo e comercialização da maconha em solo estadunidense.

A grande depressão americana parece ter sido o impulso econômico para a criminalização da maconha, que era usada naquela época de forma muito restrita pela população dos EUA, mas que tinha grande aceitação e consumo junto aos mexicanos que, a partir da quebra da bolsa de valores norte-americana, passou a ser mão de obra competitiva, não desejada em razão da crise econômica. (D'ELIA FILHO, 2007, p. 83).

Com a conferência de Genebra no ano de 1936, foi imposto o proibicionismo a partir do modelo americano, este que obrigava os países participantes a criarem departamentos de repressão ao tráfico de drogas nos seus moldes. A partir da década de 50 foram editadas duas leis que visavam combater o uso da heroína, visto que, ela se tornou mais acessível (D'ELIA FILHO, 2007, p. 83).

Como os maiores usuários da heroína eram os negros que viviam nos grandes centros urbanos, como Nova York, o aumento no consumo da heroína havia crescido, D'Elia Filho (2007, p. 85) afirma que isso "foi o estopim para uma nova e difusa associação entre depravação moral e degradação física. O fervilhante mundo do jazz e os guetos de negros passaram a ser vistos pela América branca como antros de cultivo ao vício".

D'Elia Filho (2007, p. 85) alega que foi nos anos 60 que houve grandes modificações na política internacional de drogas, foi estabelecido e difundido o modelo "médico-sanitário, considerando a droga como sinônimo de dependência", a partir daí, é declarado "guerra às drogas" pelo então presidente dos Estados Unidos, que abordava um discurso de controle de psicoativos alcançou um patamar de alta regulamentação. Esse discurso passa a ser utilizado no Brasil durante a ditadura militar tendo "a conduta dos usuários de drogas foi equiparada legalmente em suas penas à conduta de traficantes, um "comunista", um

“traficante” e um “maconheiro” representavam o mesmo perigo para os valores estabelecidos pela ditadura militar” (D’ELIA FILHO, 2007, p. 98).

A partir desse modelo é que se estabelece a distinção entre consumidores e traficantes, nesse momento é que se delineia um modelo jurídico-político que culminou com a declaração de “guerra às drogas”, passando o traficante a ser visto como “inimigo” e para o usuário são oferecidas alternativas descriminalizadas. Assim, o consumo de drogas deveria ser visto como um “vírus contagioso” e não como cultura.

Como os outros países da América do Sul, o Brasil passa a assumir esse discurso “médico-jurídico”:

Em 10 de fevereiro de 1967 é editado em nosso país o Decreto-lei 159 que fazia referência expressa às "substâncias que produzam dependência", sendo o segundo Estado no mundo a considerar tão nocivo o uso de entorpecentes como o de anfetamínicos e alucinógenos. Contudo, até então, continuava em vigor o disposto no art. 281 do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação, que não distinguia às condutas do traficante e usuário: Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente. (D’ELIA FILHO, 2007, p. 88)

Porém, esse discurso requeria investimento e recursos não disponíveis, o que acabou gerando estereótipos bem definidos, ou seja, tudo dependia de quem consumia. Se fosse alguém da favela, estava cometendo algum tipo de crime, visto que a substância psicoativa os deixava agressivos, se fossem os meninos “brancos”, as drogas os deixavam “apáticos”, a partir daí, os habitantes das favelas passaram a ser considerados bandidos e os meninos de bem, eram enviados a clínicas particulares.

Sendo assim, é possível verificar que a proibição das drogas ao longo desses anos demonstra uma “cortina de fumaça” no que diz respeito a sua real função. A guerra às drogas tem servido para criminalizar a pobreza, tendo em vista que, as pessoas que não possuem nenhuma perspectiva de inclusão social se inserem nesse mundo apenas por considerarem ser a ‘única saída’.

O uso das substâncias psicoativas é datado há mais de 1000 (mil) anos, sendo que, cada cultura fazia uso de alguma substância que, hoje, é criminalizada. Porém, entende-se que o consumo de tais substâncias é uma decisão que cabe ao particular de cada um, no individual, sendo portando, inviolável pelo Estado.

DROGAS: UM MAL ONTOLÓGICO?

Nos últimos tempos, as drogas passaram a ser vistas pela mídia e pela população em geral como um mal ontológico, sendo a “guerra às drogas” o carro chefe da criminalização da pobreza. Imputam aos “traficantes” diferentes práticas ilícitas, passando a criar uma categoria fantasma, que não tem mais cara, não é humana, e, sim, algo ontologicamente ruim, essencialmente “do mal”.

Não somente a polícia, como os veículos de comunicação, ao difundirem a cultura do medo, por hábito, relacionam o aumento das prisões ao da participação de alguns estratos sociais

no tráfico das drogas ao aumento da violência, correlação esta, que não se faz presente. (D'ELIA FILHO, 2007, p.115).

Diariamente, são publicadas notícias que afirmam que a droga é o 'mal do século'. No Jornal do Comércio foi publicado um artigo com título de "Drogas são o verdadeiro mal do século XXI" no dia 14 de maio de 2014, dizendo que:

Nos laboratórios, ano após ano, são produzidas substâncias cada vez mais alucinógenas e que causam efeitos terríveis. Na mente e no corpo, provavelmente gerando assassinos em série como ocorre nos Estados Unidos, uma sociedade enferma.

De acordo com o autor Salo de Carvalho (2013, p. 63-64), foi com a criação de instrumentos totalizantes de repressão, como o modelo médico-sanitário-jurídico que possui o intuito de controlar os sujeitos envolvidos com drogas, passando a distinguir o usuário como uma pessoa doente e o traficante como delinquente, ou seja, trouxe o discurso que estabeleceu a ideologia da diferenciação.

A partir da ideologia da diferenciação é que o discurso do traficante visto como um criminoso, este que seria o corruptor da moral e da saúde pública, e que seria submetido ao sistema penal e sobre o usuário, seria dado o discurso médico-psiquiátrico, que vem a necessitar de ajuda, visto que, foi corrompido. (CARVALHO, 2013, p.64)

Como observa Salo de Carvalho:

O caminho percorrido pela legislação brasileira de drogas, pode-se visualizar que a tecnologia legal possibilitou o desencadeamento de política de repressão integrada na otimização do projeto global de guerra às drogas. (CARVALHO, 2013, p. 83)

Posto isso, Salo de Carvalho afirma que o Movimento de Defesa Social (MDS) nega as concepções tradicionais do direito penal liberal, tendo a função preventiva da pena pautada no conceito de ressocialização, porém, ao analisar a adoção de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante, prevenção da reincidência, acaba por desmentir o projeto humanitário exposto pelo MDS (CARVALHO, 2013, p.91).

Ainda entende que, a adesão brasileira ao processo de criação da rede de cooperação internacional para o controle da criminalidade das drogas é realidade palpável, entendendo que é possível utilizar-se dessa base ideológica para que se possa atualizar e projetar novos passos do repressivíssimo (CARVALHO, 2013, p.84).

Salo de Carvalho (2013, p. 242) traz que, no caso brasileiro, a Lei 11.343/06, apesar de dizer que possui intervenções redutoras, prevê medidas descarcerizantes que acabam sendo consumidas pela lógica da punitividade. Fato esse que propicia a identificar a base argumentativa da nova lei a inversão ideológica do discurso de contração de riscos, ou seja, ela anuncia uma política de redução de danos, porém, sua instrumentalização reforça a lógica repressiva.

Outro fator que sustenta o discurso autoritário da política criminal de drogas no Brasil pode ser identificado como Movimentos de Lei e Ordem, que possui, assim como o Movimento de Defesa Social, instrumentalizadores positivos de ideologias negativas (ocultadas), cuja função é intensificar o combate à criminalidade, eles entendem que o direito penal é o único

instrumento capaz de solucionar o problema da sempre crescente criminalidade. (CARVALHO, 2013, p.97)

De acordo com Salo de Carvalho (2013, p.113), a estratégia utilizada na Operação de Invasão do Morro do Alemão, que já havia sido utilizada no ano de 1994, foi frustrante. Segundo Salo de Carvalho, as consequências do fracasso da Operação Militar foram notórias, visto que promoveu: (a) insucesso no controle do tráfico e (b) inúmeras lesões aos direitos fundamentais da população residente nas áreas de intervenção.

Quando os representantes dos países das agências internacionais de controle e de Organizações Não Governamentais se reuniram em Viena e foram confrontados com estudos realizados pelos centros de pesquisa, que investigam a política criminal das drogas, com os diagnósticos que possuíam um balanço que possibilita verificar que a estratégia internacional de “guerra às drogas” sustentada pela criminalização:

(a) não logrou os efeitos anunciados, de eliminação do comércio ou de diminuição de consumo, (b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção da criminalidade subsidiária e (c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis, dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco. (CARVALHO, 2013, p.121)

A tonalidade na apresentação dos relatórios e os discursos sobre as estratégias a serem seguidas na próxima década indicaram, inclusive, certo constrangimento da Comissão de Estupefacientes, tendo como reflexo a apresentação da “Declaração Política e Plano de Ação sobre Cooperação Internacional”, que possui expressamente indicada a necessidade de adoção de estratégia integral e equilibrada para abordar o problema mundial das drogas. (CARVALHO, 2013, p. 121)

Com base nas consequências econômicas da criminalização, ficam evidentes dois fatores: a variação no preço das substâncias entorpecentes e os custos de manutenção do sistema repressivo. O fato da manutenção da ilicitude faz com que a ilegalidade crie um mercado lucrativo, tendo como maiores prejudicados os consumidores. (CARVALHO, 2013, p.246)

Já nas consequências na estrutura das agências penais, constata-se o alto custo dos processos de conhecimento, de execução penal e o financiamento das políticas repressivas. Porém, o principal problema da ilegalidade, como afirma Salo de Carvalho, é a

Derivação da criminalidade secundária. A manutenção clandestina do comércio implica desdobramento de inúmeros delitos relacionados às drogas, sobretudo envolvendo profissionais das próprias agências repressivas em delitos como corrupção e extorsões. (CARVALHO, 2013, p. 249)

Paralelo a essas consequências apontadas acima existe também o ingresso de usuários e dependentes em “bocas de fumo”, além de outro dado relevante, o de que as pessoas que integram e/ou se relacionam com o mercado ilegal têm obstado o acesso ao sistema judicial para resolução de conflitos. Sendo assim, os conflitos acabam sendo resolvidos de forma violenta. (CARVALHO, 2013, p. 249-250)

Visando os imensuráveis danos que o proibicionismo traz a sociedade, Rodrigues (2003, p.7) aponta que a

Legalização com forte controle estatal, na qual o narcotráfico sucumbiria pela concorrência de um Estado droguista que produzisse e vendesse psicoativos ou que, ao menos controlasse a comercialização em pontos específicos de venda.

Seria a solução mais progressista e tolerável, visto que, os danos vêm atingindo a camada mais vulnerável da sociedade e, considerando o fato do uso de drogas estar presente ao longo dos anos, ele deve ser visto como autonomia do sujeito, que cada um seja capaz de deliberar acerca do uso de qualquer tipo de substâncias em seu entorno.

Salo de Carvalho traz que, além dos problemas relacionados à soberania dos países envolvidos, é indispensável notar que com a implementação das políticas de segurança militarizadas causou subsidiariamente violações extremas aos direitos fundamentais da população aos países que a adotaram e, sendo assim, é possível concluir que em relação com a sua finalidade declarada à política de “guerra às drogas” é um grande fracasso, visto que não possui nenhum resultado na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. E tem como um efeito visível a constante violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população. (CARVALHO, 2013, p.116)

Em contraponto a essa posição que vê a droga como um mal em si e defende a criminalização das drogas, há uma posição que entende que a descriminalização pode abrir políticas inovadoras e trazer uma eficácia maior na redução de danos provocados pelas drogas. Salo de Carvalho (2013, p. 454) afirma que, caso se tornasse legal, acabaria por possibilitar sua visibilidade, passando a abrir espaço para o incremento de informação educacional, para o incentivo agrícola de culturas alternativas e para a regulamentação do comércio e uso de substâncias entorpecentes.

Sendo assim, é possível concluir que não é o poder punitivo que irá transformar a sociedade, uma vez que a pena aplicada a quem o descumprir é apenas um repressor da mudança, essa transformação deve acontecer através da economia e com a criação de projetos sociais.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.343/06

De acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde):

Droga é qualquer substância que, introduzida no organismo, interfere no seu funcionamento. Consequentemente, tanto é droga a maconha quanto a aspirina e o antibiótico; tanto o álcool quanto a cocaína; tanto o cigarro quanto LSD; tanto o cafezinho quanto o lança perfume. O que varia é como atua no organismo de cada indivíduo, bem como a finalidade, pois, quando a droga é empregada com finalidade terapêutica, ela passa a denominar-se medicamento.

A Organização Mundial da Saúde entende que a prevenção ao uso de drogas é algo ‘sem sentido’, visto que não é algo que se possa prevenir e que ela pode ser usada de formas diferentes pelo homem, não se podendo dizer, portanto que ela é algo bom ou ruim, o que irá torná-la algo destrutivo ou criativo é a maneira pela qual o homem se relaciona com ela.

O Ministério da Saúde define droga e entorpecente como:

Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária.

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico. (SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998).

Ao comparar a definição dada pela Organização Mundial da Saúde e a dada pelo Ministério da Saúde, torna-se visível a diferença entre ambas, a primeira entende que droga é toda substância que interfere no organismo, podendo ser até um cafezinho, enquanto a segunda entende que droga é toda substância ou matéria-prima com finalidade medicamentosa ou sanitária e ainda define que o entorpecente, que seriam as substâncias que podem causar dependência, são aquelas especificadas em lei.

Salo de Carvalho (2013, p.140) traz que

Embora perceptíveis alterações no modelo legal de incriminação, notada pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descaracterização da conduta de porte para uso pessoal.

É possível afirmar que a base ideológica da Lei 11343/06 continuou com o sistema proibicionista da lei anterior, além disso, é o Ministério da Saúde que vem trazendo o que é lícito ou ilícito no quesito drogas/entorpecentes. Sendo assim, a lógica discursiva diferenciada que havia sido consolidada na década de 70, veio a ser novamente firmada no novo estatuto.

As graves sanções previstas para os sujeitos envolvidos, sejam estes individuais ou organizado com o tráfico de drogas, como vem afirmar Salo (2013, p. 140) “e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo”.

Ao analisar a história da legislação brasileira de drogas, Salo de Carvalho (2013, p.83) diz que “[...] pode-se visualizar que a tecnologia legal possibilitou o desencadeamento de política de repressão integrada, na otimização do projeto global de guerra às drogas”.

Tornam-se nítidas as práticas repressivas na Lei 11.343/06, uma vez que ela vai contra as definições da Organização Mundial da Saúde e traz uma política de “guerra às drogas”, que marginaliza o usuário, colocando ele na mesma esfera do traficante, mantendo assim, inalterado o sistema proibicionista trazido pela antiga Lei 6.368/1976.

Os decorrentes problemas de interpretação dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, como afirma Carvalho:

Derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comercio e uso pessoal) que representam o sustentáculo do sistema proibicionista. (CARVALHO, 2013, p.315)

Ao comparar os verbos utilizados nos arts. 28 e 33 da lei 11.343/06 é possível verificar grande correlação destes do art. 28 com as hipóteses trazidas no art. 33, que difere as condutas incriminadoras, e que será o fator que trará imensa mudança em sua forma de processualização e punição, é o direcionamento do agir, segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 28 (CARVALHO, 2013, p. 317), ou seja, o dolo só estaria presente caso o agente possuísse o fim agir para uso próprio.

No art. 33 da Lei 11.343/06 não existem referências específicas à intencionalidade da ação, o que vem a caracterizar o delito independentemente de sua destinação ao comércio ilícito, ou seja, o que configura o delito é o dolo genérico, basta o agente possuir vontade livre e

consciente de praticar qualquer ação incriminadora, sabendo que está atuando sem autorização legal (CARVALHO, 2013, p. 319)

Há ainda uma arbitrariedade no que diz respeito à definição do art. 28 e do art. 33 da Lei 11.343/06, visto que os verbos presentes em ambos os dispositivos são praticamente os mesmos e a polícia não possui meios eficazes para descobrir se a droga era para consumo próprio ou para venda. Assim, cabe ao juiz avaliar por critérios absolutamente subjetivos para qual fim a droga seria utilizada, atendendo à quantidade da substância apreendida, ao local e as circunstâncias pelo qual se desenvolveu a ação. Portanto, pode-se afirmar que há uma arbitrariedade de juízo no que condizem os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06.

Salo (2013, p. 361-362) afirma que, no caso do direito penal das drogas, “o efeito é a criminalização de condutas essencialmente preparatórias”. O artigo 34, da Lei de Entorpecentes, viola o princípio da lesividade, além de criar um tipo penal vago, vindo a instituir uma criminalização antecipada, violando, assim, a cláusula do devido processo penal. (CARVALHO, 2013, p. 363).

Sobre a insustentabilidade jurídica da criminalização das drogas, inúmeros argumentos foram apresentados. Vale ressaltar que a lógica da política de drogas no Brasil é fruto da opção de modelos punitivos moralizadores, que vêm a sobrepor a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, este torna o tratamento punitivo do uso de entorpecentes injustificável. (CARVALHO, 2013, p. 405).

O discurso de tutela, somado com a sobreposição do bem jurídico e saúde pública à saúde individual dos consumidores, pressupõe um modelo no qual todo usuário se transforma em um potencial traficante. Porém, não se torna lícito, dentro do sistema de liberdade democrática sustentada pelo Estado, punir o viciado, visto que, ele antes de tudo é um sujeito aliado aos argumentos do princípio da lesividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, permitem o aumento da tese de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. (CARVALHO 2013, p. 408-409).

Acerca do artigo 48, §5º da Lei 11.343/06, Salo (2013, p. 433) traz que o aspecto processual para que se possam avaliar os limites da extensão da transação penal, assim como a legitimidade das condições de cumprimento, é o da inconstitucionalidade de qualquer tipo de negociação pré-processual de natureza punitiva, sejam elas penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa ou medidas.

O princípio constitucional da jurisdicionalidade da pena e das medidas, ao impor o cumprimento de requisitos formais e materiais do devido processo penal para que seja limitada a liberdade ou restritos direitos individuais, veda qualquer tipo de processamento sumário sem que se garanta ao imputado o tempo e os meios necessários para defesa. (CARVALHO, 2013, p. 434)

A questão é que, no procedimento estabelecido no art.48 da Lei 11.343/06, não é respeitado o contraditório e a ampla defesa, justamente pelo fato de não ser o momento adequado para que se venha discutir o mérito da causa penal. Portanto, caso seja admitida a homologação judicial da transação penal que venha a determinar ao imputado condições com natureza de caráter análoga às penas ou às medidas previstas na lei, restarão violados os princípios de tutela dos direitos fundamentais previstos da Constituição. (CARVALHO, 2013, p. 434)

Acontece que, no artigo 48, §5º da Lei 11.343/06, como afirma Salo (2013, p. 431) quando o legislador regulamenta a forma de aplicação do instituto da transação penal, ele faculta ao agente acusador propor aplicação imediata da pena. Sendo assim, antes mesmo de pensar no devido processo legal e aplicação de pena decorrente de sentença transitada em julgado, surge a possibilidade punitiva como hipótese de transação.

Segundo Salo (2013, p. 430), a lei 11.343/06 demonstra uma perversidade do proibicionismo, visto que, ao aumentar o limite máximo da pena pela reincidência, tal circunstância atuou como qualificadora o que, no caso do uso pessoal, produziu efeitos mais gravosos do que o da reincidência em qualquer outro delito previsto na lei penal brasileira, inclusive os considerados hediondos.

Portanto, de acordo com Salo de Carvalho (2013, p. 453-455), é possível concluir que a Lei 11.343/06 é caracterizada por dispositivos ambíguos e não traz nenhum avanço no campo do consumo, além de gerar diversas consequências que geram desigual incidência das agências penais, podendo ser percebidas nas esferas econômicas, educacionais, médicas, jurídicas e, individuais. Sendo que, o modelo repressivo às drogas estabeleceu um regime de criminalização secundária, de tipos penais em branco que propiciou o caráter arbitrário, além de haver uma despenalização em relação à quantidade conferida para uso, que favoreceu a tipificação seletiva no tráfico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todos esses anos em que existe a proibição das drogas, é possível perceber que o que se tem demonstrado é apenas um véu em relação a sua real função. Tem-se utilizado essa proibição como uma construção facilitadora da criminalização da pobreza e controle social.

A criminologia crítica, de Salo de Carvalho, assim como de outros autores, entende que o consumo das drogas é opção independente da vontade política estatal, pertence a cada um, na esfera individual, sendo, portanto, inviolável pelo Estado.

Conclui-se que, de acordo com os aspectos que influenciaram a proibição das drogas, é possível entender que a droga dentro da sociedade não deve ser entendida de forma a ser combatida pela polícia, visto que, isto vem acarretando diversos danos sociais.

Por trás do discurso declarado existe um discurso não declarado. O que se percebe é que por trás da lógica declarada de repressão à violência e implementação da saúde pública, está uma funcionalidade diversa, com uma lógica bélica de marginalização e manutenção da desigualdade.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1988.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Portaria Oficial da ANVISA. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf> Acesso em: 23 set. 2015

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: um estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06** – Salo de Carvalho – 6. Ed ver., atual e ampliada- São Paulo: Saraiva, 2013

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do Nada: Quem São Os Verdadeiros Traficantes de Drogas**. Editora Revan, 2007.

Drogas são o verdadeiro mal do século XXI. JORNAL DO COMÉRCIO, Porto Alegre, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=161634>> Acesso em: 25 set. 2015

FERNANDES, Vagner Ribeiro; FUZINATTO, Aline Mattos. DROGAS: Proibição, Criminalização da Pobreza e da Mídia. In. 1º Congresso Nacional de Direito e Contemporaneidade, 2012, Santa Maria. **ANAIS, Santa Maria**: Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), p.2-9. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/4.pdf>>. Acesso em: 30 ago.2015

MACRAE, Edward. **Antropologia: Aspectos Sociais, Culturais e Ritualísticos**, Universidade Federal da Bahia, 2001. Disponível em: <http://www.neip.info/downloads/t_edw10.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PREFEITURA DE ARTUR NOGUEIRA, Portal da Prefeitura de Artur Nogueira: DROGAS. Artur Nogueira, Janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.arturnogueira.sp.gov.br/wp-content/uploads/2015/01/DROGAS.pdf>> Acesso em: 20 set. 2015

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico e repressão estatal no Brasil: um panorama do tráfico de drogas brasileiro**, Thiago Rodrigues. 2003. Disponível em: <<http://www.neip.info/downloads/artigo2.pdf>> Acesso em: 23 set. 2015

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez editora, 2011.